

Hopfenweg 21
PF/CP 5775
CH-3001 Bern
T 031 370 21 11
info@travailsuisse.ch
www.travailsuisse.ch

DFJP
Madame Simonetta Sommaruga
Conseillère fédérale
Palais fédéral
Berne

zz@bj.admin.ch

Berne, le 22 décembre 2016

Modification du Code des obligations (mandat) Consultation.

Madame la Conseillère fédérale,
Mesdames et Messieurs,

Nous vous remercions de nous permettre d'exprimer notre avis sur le projet d'ordonnance et c'est volontiers que nous vous le faisons parvenir.

1. Considérations générales

Travail.Suisse, l'organisation faîtière indépendante des travailleurs et travailleuses, rejette le caractère dispositif de l'art. 404 CO pour plusieurs raisons. Au regard de l'évolution actuelle sur le marché de l'emploi et de l'émergence de nouvelles formes de travail, la réglementation relative au droit du travail est certes mise à défi et devra s'adapter, mais devra se faire sans oublier de considérer tous les intérêts en présence. Certaines situations laissent transparaître un certain flou juridique qui peut parfois favoriser une partie au contrat au détriment de l'autre. La nécessité de modifier certaines bases légales ou d'en modifier est donc réelle, mais elle ne devrait pas s'établir uniquement au bénéfice d'une partie au contrat. Le droit du travail devrait garantir que les intérêts des partenaires sociaux soient représentés de manière équitable, afin notamment de préserver une économie saine sur le long terme.

Le rapport explicatif mentionne la particularité de cette réglementation qui fait exception en Europe et éloigne les investisseurs de la Suisse et de son ordre juridique. À ce titre, il

serait peut-être important de rappeler qu'en matière de sécurité sociale, le droit du travail en Suisse est d'une certaine qualité en comparaison avec les autres pays européens. Il serait dès lors important de préserver au mieux cette qualité qui n'est évidemment pas garantie en raison des nombreux défis juridiques qu'imposent les nouvelles formes de travail. L'augmentation de l'attractivité de la Suisse pour les investisseurs ne devrait pas se faire au détriment du maintien d'un certain niveau qualité du système de sécurité sociale. Or, c'est justement le risque qui se présente avec le projet de modification du caractère impératif de l'art. 404 CO.

L'introduction du nouvel art. 404a CO qui permettrait de conclure des contrats de mandat de durée offrirait la possibilité optionnelle d'établir une relation contractuelle durable qui ne contient pas les mêmes protections que celles accordées au contrat de travail. Dans la réglementation actuelle, la possibilité de résilier un contrat de mandat en tout temps permet cependant de protéger les parties au contrat, lorsque celui-ci est basé sur une relation de confiance et non de résultat (contrats de mandat typiques). Ainsi, dans les cas où l'envie de changer de médecin ou d'avocat se manifeste, elle peut se réaliser sans contrainte. Les intérêts des deux parties sont ainsi protégés dans le cas d'une rupture de confiance. Le caractère impératif de l'art. 404 CO offre une protection dans les cas de mandats typiques, mais limite aussi l'utilisation abusive du contrat de mandat. Dans certaines situations, il apparaît qu'un contrat de mandat soit en réalité un contrat de travail déguisé. L'approche plus libérale de l'art. 404 CO, par l'introduction de son caractère dispositif, favoriserait également les situations des « faux indépendants » pour lesquels les règles du mandat s'appliquent alors qu'ils sont en réalité des salariés. Ces « faux indépendants » n'ont pas droit aux indemnités de chômage, à la prévoyance professionnelle, à l'assurance accident ou à une assurance contre les maladies professionnelles. Ces formes de travail comportent aussi le risque de sous-enchère salariale avec des salaires minimaux non respectés, des cotisations sociales ou des vacances non payées. L'émergence également des « travailleurs-entrepreneurs » serait aussi favorisée avec les dangers que cela comporte. Un travailleur indépendant supporte les risques spécifiques de l'entreprise, alors que le travailleur subordonné à son employeur n'a pas cette charge. Les « travailleurs-entrepreneurs » qui ne sont ni totalement indépendant, ni considéré entièrement comme des salariés classiques doivent donc à la fois supporter les risques de l'entreprise, mais aussi renoncer aux prestations sociales de l'employeur.

Pour ces raisons, Travail.Suisse rejette la proposition d'introduction de l'art. 404a CO qui permettrait de conclure des contrats de durée. La protection pour les mandats typiques doit être conservée, même s'il existe d'autres types de contrat. Pour les cas de contrats complexes qui sont davantage de nature commerciale et qui ne reposent donc pas principalement sur une relation de confiance, la situation légale est certes plus complexe. Cependant, il faudrait plutôt privilégier une autre solution que celle de rendre dispositif l'art. 404 CO, sans prêter à la protection accordée aux mandats typiques et sans ouvrir une brèche plus grande aux abus qui existent dans les cas de mandats. À l'avenir, le nombre de travailleurs qui combineront un travail sur mandat et un ou plusieurs emplois temporaires augmentera. Il faudra donc assurer de ne pas favoriser les abus en matière de mandat, car les conditions de vie des employés peuvent devenir précaires.

2. La protection de l'art. 27 CC et 19 CO

Dans le rapport explicatif, certains arguments ont été soulevés pour expliquer comment pallier à l'impossibilité de résilier le mandat en tout temps, dans les cas où cette option est choisie par les parties. Le Conseil fédéral a relevé à cet effet que toutes les conventions sont soumises aux restrictions impératives des articles 19 al. 2 CO et 27 CC : « les contrats portant sur le *domaine strictement personnel* sont contraires aux mœurs et donc nuls » (p. 19 du rapport explicatif). Il convient toutefois de préciser à cet égard que la protection est donnée uniquement pour les cas d'abus manifeste à la liberté personnelle et à la liberté économique. Ces conditions réduisent donc largement la possibilité de résilier le contrat dans la plupart des situations. La protection offerte par les articles 19 al. 2 CC et 27 CO n'est donc pas suffisante.

3. Choix du caractère dispositif

La possibilité de convenir du caractère dispositif dans la partie spéciale du contrat et non pas dans la partie général atténue certes certains rapports de force que l'on pourrait imaginer en théorie, mais pas dans la pratique. En effet, les pressions économiques et la concurrence pourraient jouer un rôle non négligeable et rendre inefficace la portée de cette disposition.

4. Autres solutions juridiques ?

Certainement que d'autres solutions doivent être envisagées pour éviter que le caractère impératif de l'art. 404 CO puissent poser problème pour certains types de mandats atypiques. Si la jurisprudence du Tribunal fédéral est restrictive, il n'en demeure pas moins qu'elle n'a pas encore examiné certaines situations qui se présentent sur le marché du l'emploi avec l'émergence des nouvelles formes de travail.

En vous remerciant de prendre en considération notre avis, nous vous adressons, Madame la Conseillère fédérale, Mesdames et Messieurs, nos salutations distinguées.

Adrian Wüthrich



Président

Hélène Agbémégnah



Responsable du dossier
Politique de migration et
questions juridiques